HOO TAT FONG

lwn.

LIM CHEUN ENG

MAHKAMAH TINGGI MALAYA, KUALA LUMPUR
RAHMAH HUSSAIN H
[SAMAN PEMULA NO: (S4) S3-24-1021-98]
12 MAC 2001

UNDANG-UNDANG KELUARGA: *Kanak-kanak - Jagaan - Kanak-kanak di bawah umur tujuh tahun - Anggapan bahawa hak jagaan diberikan kepada ibu - Akta Membaharui Undang-Undang (Perkahwinan dan Perceraian) 1976, s. 88(3) - Samada anggapan dipatahkan disebabkan dakwaan gangguan seksual - Samada hak jagaan harus diberikan kepada bapa*

Defendan memohon melalui suatu permohonan saman dalam kamar supaya perintah mahkamah bertarikh 4 Februari 1999 yang memberi kustodi, penjagaan dan kawalan ketiga-tiga anaknya kepada ibu mereka (plaintif) diubah. Perintah tersebut juga telah memperuntukkan bahawa defendan diberi akses kepada ketiga-tiga anak tersebut sebanyak dua kali sebulan sahaja.

Dalam permohonan defendan alasan-alasan yang diberikan, *inter alia*, ialah: (1) gangguan seksual terhadap anak-anak perempuannya oleh ahli-ahli keluarga plaintif yang tinggal bersama plaintif; (2) tiada perhatian penuh keatas ketiga-tiga anak tersebut oleh plaintif; dan (3) defendan harus diberi akses yang lebih untuk bersama ketiga-tiga anak tersebut.

Diputuskan:

[1] Mengikut s. 88(3) Akta Membaharui Undang-Undang (Perkahwinan dan Perceraian) 1976, adalah tidak digalakkan untuk mengganggu kehidupan seseorang budak dengan penukaran jagaan. Tetapi oleh kerana ada tohmahan serius (gangguan seksual) dalam kes ini, maka demi keselamatan dan kebajikan anak-anak tersebut, mahkamah perlu memberi perlindungan dengan memindahkan mereka ke satu tempat yang lebih sesuai dan selamat.

[2] Pengataan plaintif bahawa beliau berhenti kerja dan bekerja sambilan di rumah dalam usaha untuk menunjukkan bahawa beliau telah memberikan perhatian penuh kepada ketiga-tiga anak tersebut, dinafikan oleh defendan apabila defendan mengemukakan dokumen yang menunjukkan bahawa plaintif masih menerima gaji dari tempat kerja

beliau. Itu tidak dibantah oleh plaintif. Plaintif juga tidak memplidkan dalam afidavit beliau apakah jenis kerja beliau di rumah. Oleh yang demikian, mahkamah berpendapat bahawa keseluruhan pengataan plaintif tidak boleh diterima.

[3] Laporan-laporan perubatan dari pakar-pakar perubatan tidak dengan secara terus menyangkal dakwaan gangguan seksual tersebut. Maka tidak adil untuk mengatakan bahawa insiden-insiden tersebut tidak berlaku hanya kerana mangsa-mangsa tersebut tidak dapat memberi penerangan yang jelas dan terlalu kecil untuk dipercayai. Sebelum sesuatu perkara yang lebih serius berlaku adalah lebih baik dari segi kebajikan anak-anak perempuan tersebut, agar mereka dipindahkan ke satu tempat yang lebih selamat iaitu di rumah bapa mereka sendiri.

[4] Plaintif juga tidak menafikan yang bapa plaintif sendiri turut terlibat dalam gangguan seksual tersebut. Tambahan pula, dakwaan tersebut telah dibuat oleh anaknya sendiri kepada pakar kanak-kanak semasa ianya berada di hospital untuk pemerhatian.

[5] Mahkamah mengekalkan perintah bertarikh 4 Februari 1999 mengenai anak ketiga lelaki yang baru berumur tiga tahun kerana dari segi kebajikan anak tersebut adalah lebih baik untuk ianya terus dijaga oleh ibunya sendiri.

[Permohonan defendan dibenarkan.]

Kes-kes yang dirujuk:
Goh Kim Hwa v. Khoo Swee Huah [1986] 1 MLJ 156 ***(diikuti)***
Khoo Cheng Nee v. Lubin Chiew Pau Sing [1996] 4 MLJ 171 ***(dirujuk)***
Lee Soh Choo v. Tan Ket Huat [1986] 2 CLJ 143 ***(diikuti)***
Teh Eng Kim v. Yew Peng Siong [1977] 1 MLJ 234 ***(dirujuk)***
Thavamani Deve v. Sugamaran Neelmehan & Anor [1996] 1 AMR 1037 ***(dirujuk)***
W v. H [1987] 2 MLJ 235 ***(dirujuk)***

Perundangan yang dirujuk:
Law Reform (Marriage and Divorce) Act 1976, ss. 88(3), 96

Bagi pihak plaintif - YK Raj; T/n Jerald Gomez & Assoc
Bagi pihak defendan - YS Leong; T/n Lye Poh Kham & Assoc

Dilaporkan oleh Usha Thiagarajah

PENGHAKIMAN

Rahmah Hussain H:

Ini adalah permohonan saman dalam kamar oleh defendan bertarikh 19 Januari 2000 supaya perintah mahkamah bertarikh 4 Februari 1999 diubah.

Perintah mahkamah bertarikh 4 Februari 1999 telah memberi kustodi, penjagaan dan kawalan ketiga-tiga anak kepada plaintif. Perintah tersebut juga telah memperuntukkan bahawa defendan diberi akses kepada ketiga-tiga anak tersebut sebanyak dua kali sebulan sahaja.

Dalam permohonan defendan, beliau telah memohon supaya beliau diberi kustodi, penjagaan dan kawalan ketiga-tiga anak tersebut. Alasan-alasan yang diberi adalah:

(a) Anak perempuan kedua Lim Jia Yee telah di aniaya secara seksual (sexually abuse) oleh datuknya iaitu bapa plaintif.

(b) Anak-anak perempuan khususnya anak perempuan kedua, Lim Jia Yee telah diganggu (molest) oleh abang-abang sepupu iaitu anak-anak saudara plaintif yang tinggal bersama dalam rumah tersebut.

(c) Kediaman plaintif bukan tempat yang sesuai untuk ketumbuhan ketiga-tiga anak tersebut.

(d) Plaintif tidak dapat memberi perhatian penuh kepada ketiga-tiga anak tersebut.

(e) Ketiga-tiga anak tersebut harus diberi lebih masa bersama defendan dan bukannya dua kali sebulan sahaja.

Dalam kes ini terdapat tiga orang anak berumur di antara enam (6) dan tiga (3) tahun. Sejak dilahirkan mereka bertiga selalu dibesarkan bersama dan tidak dipisahkan daripada plaintif, ibu mereka. Tetapi setelah perpisahan di antara plaintif dan defendan pada 26 September 1998, di atas permohonan plaintif, mahkamah ini telah pada 4 Februari 1999, memerintahkan *inter alia*, bahawa:

(i) Kustodi, penjagaan dan kawalan ketiga-tiga adik beradik tersebut diberi kepada plaintif;

(ii) Akses kepada defendan dari 1 petang hari Sabtu hingga 8 malam hari Ahad setiap minggu kedua dan keempat.

Atas permohonan yang sama, mahkamah telah juga pada 27 Mei 1999, memerintahkan defendan membayar RM1,000 sebulan sebagai nafkah ketiga-tiga anak tersebut mulai 4 Februari 1999, pada atau sebelum 4 haribulan setiap bulan.

Pada 3 Oktober 2000, plaintif telah memfailkan Petisyen Perceraian (S4-33-1089-2000) di mana plaintif memohon untuk perkahwinan dibubarkan, kustodi, penjagaan, dan kawalan ke plaintif dan akses kepada defendan setiap minggu dari hari Jumaat 3 petang hingga hari Sabtu 8 malam serta perintah untuk relif sampingan.

Seksyen yang mengawal pembatalan atau pengubahan perintah mengenai kustodi atau nafkah kanak-kanak adalah s. 96 Akta Membaharui Undang-Undang (Perkahwinan dan Perceraian) 1976 yang berbunyi:

> The court may at any time and from time to time vary, or may rescind, any order for custody or maintenance of a child on the application of any interested person, where it is satisfied that the order was based on any misrepresentation or mistake of fact or where there has been any material change in the circumstances.

Selain daripada itu, s. 88 Akta Membaharui Undang-Undang (Perkahwinan dan Perceraian) 1976 (Akta itu) juga terpakai, umpamanya:

> (2) In deciding in whose custody a child should be placed, the paramount consideration shall be the welfare of the child and subject to this, the court shall have regard:
>
> (a) to the wishes of the parents of the child; and
>
> (b) to the wishes of the child, where he or she is of an age to express an independent opinion.
>
> (3) There shall be a rebuttable presumption that it is for the good of a child below the age of seven years to be with his or her mother but in deciding whether that presumption applies to the facts of any particular case, the court shall have regard to the undesirability of disturbing the life of a child by changes of custody.
>
> (4) Where there are two or more children of a marriage, the court shall not be bound to place both or all in the custody of the same person but shall consider the welfare of each independently.

Di dalam kes *Khoo Cheng Nee v. Lubin Chiew Pau Sing* [1996] 4 MLJ 171, beberapa garis panduan telah diberi:

> The second part of s. 88(3) however, stresses an underlying principle we should not overlook: 'the court shall have regard to the undesirability of disturbing the life of a child by changes of custody'. The **starting point** is therefore, that it is undesirable to disturb the life of a child by changes of custody. A party seeking an order for custody away from their current arrangements must therefore show that what he or she offers benefits the welfare of the children better. The court must evaluate whether the improvement to the welfare of the children is sufficient to justify disturbing the life of that child by that change of custody. It has to be shown that there will be positive changes accruing for the welfare of the children by that change. Those advantages must be real and not promissory or speculative.

Kemudian dalam kes *Teh Eng Kim v. Yew Peng Siong* [1977] 1 MLJ 234 pula, di ms 239 dan 240, Mahkamah Persekutuan telah menyatakan:

> The youngest child, Bernard, is of tender years (5 tahun). In my opinion his place right now is with the mother. 'No thing and no person and no combination of them, can, in my opinion, with regard to a child of tender years, supply the place of a mother, and the welfare of a child is so intimately connected with its being under the care of the mother, that no extent of kindness on the part of any other person can supply that place' ... Bernard has lived with his mother all these years and irreparable damage can be done to his emotional development ... Some of the authorities convey the impression that the upset caused to a child by a change of custody is transient and a matter of small importance ... But I think a growing experience has shown that it is not always so and that serious harm even to young children may on occasion be caused by such a change.

Dalam beberapa kes yang telah diputuskan oleh mahkamah, termasuk kes *W v. H* [1987] 2 MLJ 235, mahkamah telah menyatakan mengapa mengikut undang-undang hak kustodi, penjagaan dan kawalan kanak-kanak di bawah umur tujuh (7) tahun diberi kepada seorang ibu dan tidak kepada seorang bapa. Dalam kes *W v. H* tersebut mahkamah telah menyatakan '*Prima facie*, a child of this age (dealing with a boy of four whose mother left home) ought to remain with his mother and strong grounds are required to justify taking it away.' Otoriti yang dirujuk oleh pihak defendan juga telah menyokong perkara ini, iaitu dalam kes *Thavamani Deve v. Sugamaran a/l Neelmehan & Anor*. [1996] 1 AMR 1037 di mana di ms 1038, mahkamah menyatakan:

> The applicant has also failed to show that there will be significant improvement or advantages to the child's welfare such as would warrant a change of custody. In such circumstances, the *status quo* should remain as there is no evidence that the welfare of the child will be improved if the applicant is given custody.

Seterusnya terdapat beberapa laporan pakar-pakar perubatan yang telah dilampirkan kepada afidavit-afidavit plaintif dan defendan termasuk Laporan dari General Practitioner, Consultant Gynaecologist, Consultant Paediatrician, Consultant Psychiatrist, Consultant Child and Adolescent Psychiatrist. Jia Yee dan Mun Yee umpamanya telah mendapat pengawasan yang rapat dari pakar-pakar perubatan. Latar belakang yang membuatkan kedua-dua kanak-kanak terpaksa dirujuk ke pakar-pakar perubatan adalah seperti berikut:

Pada 14 Mac 2000, defendan telah membuat tuduhan bahawa ahli-ahli keluarga plaintif telah menganiayai Jia Yee secara seksual. Defendan tidak memberitahu plaintif langsung. Plaintif telah mendapat tahu apabila pihak polis menelefonnya untuk menyoalsiasat mengenai kes ini. Plaintif dengan segera telah menghantar anaknya ke Hospital Universiti, ke SCAN Team untuk diperiksa.

Pada 25 Mac 2000 pula semasa diberi akses, defendan telah memasukkan Jia Yee dan Mun Yee ke Hospital Universiti untuk diperiksa dengan dituruti surat dari Consultant Gynaecologist Dr. Wong Kok Kien di Gleneagles (sila lihat eks. LCE14 – Kandungan 25). Mun Yee dan Jia Yee diwadkan selama 2 minggu, sepanjang masa itu untuk diperiksa.

Hasil pemeriksaan intensif serta 'follow-up treatment' dan 'consultation' oleh pakar-pakar Hospital Universiti, laporan-laporan telah dikeluarkan oleh pakar Consultant Gynaecologist, Consultant Pathologist dan Consultant Psychiatrist.

Pada 12 Mei 2000, sekali lagi defendan telah memasukkan Jia Yee ke hospital dengan tuduhan yang sama tetapi walaupun Hospital Universiti mempunyai semua rekod-rekod Jia Yee, beliau telah kali ini pula memasukkannya ke hospital yang lain, iaitu Hospital Besar Kuala Lumpur (GH) di mana Jia Yee telah diwadkan selama 2 minggu.

Setelah pemeriksaan dan pengawasan intensif bersama dengan 'follow-up consultation', dua laporan telah dikeluarkan oleh dua orang pakar di Hospital Besar Kuala Lumpur, iaitu Consultant Paediatrician, Dr. Irene Cheah dan Consultant Child and Adolescent Psychiatrist, Dr. Toh Chin Lee (sila lihat eks. LCE32 dan LCE33 – Kandungan 36).

Terdapat juga banyak laporan polis yang dibuat oleh defendan yang mengandungi tuduhan bahawa anak-anak tersebut khususnya Jia Yee telah dianiayai secara seksual. Pihak polis telah dengan segera menyiasat tuduhan-tuduhan tersebut. Chief Inspektor Tan, iaitu Pegawai Penyiasat Seksual D9B, KL, telah menyoal kesemua pihak dan menjalankan penyiasatan memandangkan tuduhan yang begitu serius yang melibatkan kanak-kanak begitu muda.

Setelah penyiasatan, keputusan pihak polis adalah bahawa kes ditutup kerana tiada apa-apa unsur jenayah (cabul kehormatan) yang dapat dibuktikan melalui siasatan polis. (Sila lihat eks. HTF6 – Kandungan 26).

Sejak dari tuduhan pertama yang dibuat oleh defendan bahawa Jia Yee dianiayai, pihak Jabatan Kebajikan Masyarakat, Wilayah Persekutuan telah dan sedang mengawasi ketiga-tiga kanak-kanak tersebut.

Tetapi setelah mengawasi kes ini secara rapat, Jabatan Kebajikan masih berpendapat bahawa kanak-kanak tersebut patut berada di pangkuan plaintif, ibu mereka (sila lihat eks. HTF7C – Kandungan 26).

Setelah memberi pertimbangan sewajarnya kepada fakta sekeliling kes ini dan hujahan bertulis kedua-dua peguam, saya berpuashati bahawa demi keselamatan kedua kanak-kanak iaitu Lim Mun Yee dan Lim Jia Yee, perintah bertarikh 4 Februari 1999 perlu diubah dengan memberi kustodi, hak jagaan dan kawalan kepada defendan dan akses mingguan kepada anak lelaki Lim Zi Shien dikekalkan.

Alasan saya membuat keputusan sebegitu adalah seperti berikut:

Sungguhpun prinsip undang-undang yang termaktub di bahagian kedua s. 88(3) Akta itu bahawa adalah tidak digalakkan untuk mengganggu kehidupan seseorang budak dengan penukaran jagaan, tetapi dari fakta kes ini, oleh kerana ada tohmahan serius (gangguan seksual) yang melibatkan penghuni-penghuni tempat tinggal mereka sekarang, maka pendapat saya, demi keselamatan dan kebajikan mereka, mahkamah perlu memberi perlindungan dengan memindahkan mereka ke satu tempat yang lebih sesuai dan selamat iaitu di rumah bapa mereka sendiri (defendan), di mana mereka telah dibesarkan dan diberi jagaan oleh nenek mereka serta emak saudara mereka, sebelum perintah mahkamah bertarikh 4 Februari 1999 dibuat.

Keputusan saya tersebut diperkuatkan lagi dengan berpandukan kes *Thavamani Deve a/p Govindasamy v. N Sugamaran a/l Neelmehan & Anor* [1996] 1 AMR 1037 di mana Abdul Wahab Patail PK (pada masa itu) telah berkata di ms 1042 perenggan 40 dan perenggan 45 hingga perenggan 1 di ms 1043:

> There is generally a presumption that a young child is better off with its mother than father. It is, however, only a presumption and not of its own necessarily a decisive factor. It must be weighed together with all other factors relevant to the question of the primary consideration, which is the welfare of the child.

> From the point of view of the welfare of the child, the familiarity and certainty of what the child is used to now, living with the first and second defendant is preferable to the unfamiliarity and uncertainty of life in Taiping.

Seterusnya beliau berkata: (di perenggan 5 baris 3 hingga baris 5)

> The child in fact had always stayed with the defendants, who are the natural father and the paternal grandmother respectively. (Mukasurat 1043 – perenggan 5-10)

Dalam kes *Lee Soh Choo v. Tan Ket Huat* [1986] 2 CLJ 143 pula, Siti Norma Yaakob H (pada masa itu) telah berkata (ms 144):

> On the other hand, the children are still at the matrimonial home, an environment they have been used to and adapted to since they were very young. They are being taken care of by the respondent and his mother and the elder of the two children attends a kindergarten that has reported that she has adapted very well to school life and enjoys going to school.

Satu lagi kes yang menyokong pendapat saya ialah *Goh Kim Hwa v. Khoo Swee Huah* [1986] 1 MLJ 156 di mana telah diputuskan seperti berikut:

> Held: (1) a material change in circumstances had occurred in this case that warranted an order of change of custody, subject to what the three children had to say for themselves.

Plaintif dalam usahanya untuk menunjukkan bahawa beliau telah memberi perhatian penuh kepada ketiga-tiga anak tersebut telah mengatakan bahawa beliau telah berhenti kerja dan kini sedang bekerja sambilan di rumah. Tetapi pengataan tersebut telah dinafikan oleh defendan dalam afidavit jawapannya apabila defendan mengemukakan dokumen yang menunjukkan bahawa plaintif masih menerima gaji dari tempat kerja beliau. Fakta dan kenyataan tersebut tidak dinafikan oleh plaintif. Plaintif juga tiada memplidkan dalam afidavit beliau apakah jenis kerja dan nama kerja/operasi beliau di rumah. Oleh yang demikian, saya berpendapat bahawa keseluruhan pengataan plaintif adalah tidak boleh diterima.

Plaintif juga telah merujuk kepada laporan-laporan dari pakar-pakar perubatan dan telah menafi dakwaan defendan bahawa anak-anak perempuan khasnya anak perempuan kedua, Lim Jia Yee telah di ganggu secara seksual oleh ahli keluarga plaintif. Tetapi setelah setiap laporan perubatan dari pakar-pakar tersebut diteliti, adalah jelas laporan-laporan tersebut tidak dengan secara terus menyangkal dakwaan tersebut. Tiga laporan dari pakar kanak-kanak dan gynaecologist dari tiga hospital yang berlainan telah melaporkan dan menunjukkan bahawa ‘there is without doubt that the child,

Lim Jia Yee has been allegedly fingered and/or molested by her cousin brothers'. Maka adalah tidak adil untuk mengatakan bahawa insiden-insiden tersebut tiada berlaku hanya kerana mangsa-mangsa tersebut tidak dapat memberi penerangan yang jelas. Dakwaan tersebut telah pada awalnya disokong oleh pakar dari Hospital Gleneagles. Oleh itu pada pendapat saya ianya tidak boleh diabaikan begitu sahaja hanya berdasarkan alasan bahawa mangsa-mangsa terlalu kecil untuk dipercayai. Sebelum sesuatu perkara yang lebih serius berlaku adalah baiknya dari segi kebajikan kedua-dua kanak-kanak agar mereka dipindahkan ke satu tempat yang lebih selamat iaitu di rumah bapa mereka sendiri

Plaintif juga tidak menafikan dalam afidavit-afidavit beliau atau dalam penghujahannya terhadap laporan pakar dari Hospital Besar Kuala Lumpur bahawa datuk anak-anak tersebut, iaitu bapa plaintif sendiri turut terlibat dalam gangguan seksual keatas Lim Jia Yee. Dakwaan tersebut telah dibuat oleh Lim Jia Yee sendiri kepada pakar kanak-kanak dalam hospital tersebut semasa ianya berada di hospital untuk pemerhatian (observation).

Mengenai anak ketiga iaitu seorang kanak-kanak lelaki yang baru berumur tiga tahun, saya mengekalkan perintah bertarikh 4 Februari 1999 kerana saya berpuashati bahawa dari segi kebajikan beliau, adalah lebih baik untuk beliau terus dijaga oleh ibunya sendiri.

Di atas alasan-alasan tersebut saya telah membenarkan permohonan defendan.